

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

TRABAJO DE PROFUNDIZACIÓN

**EL DETERIORO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO ACTUAL
(ANÁLISIS DE LA SUPRESIÓN DE BENEFICIOS PENALES Y
CARCELARIOS EN LA RECIENTE LEGISLACIÓN PENAL
COLOMBIANA)**

LILIANA DEL SOCORRO ARIAS DUQUE

Medellín, 2012

EL DETERIORO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO ACTUAL (ANÁLISIS DE LA SUPRESIÓN DE BENEFICIOS PENALES Y CARCELARIOS EN LA RECIENTE LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA)

I. INTRODUCCION:

En contraste con el Derecho penal liberal como instrumento de realización y garantía de los derechos fundamentales de los individuos, que comporta a la vez el principio de mínima intervención penal, asistimos hoy en nuestro país a una innegable expansión de la legislación penal, traducida en la introducción de nuevos tipos penales o la agravación de los ya existentes y en un aumento generalizado de las penas.

En esta misma línea, tendiente al endurecimiento punitivo y al fortalecimiento de la pena de prisión como respuesta principal a la delincuencia, se expiden leyes que eliminan, para los responsables de determinados delitos, los subrogados penales y beneficios penitenciarios, obligando de esta manera al cumplimiento íntegro de la prisión con el pleno desconocimiento del derecho a la reinserción social del reo, no obstante que tales institutos han sido tradicionalmente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia como mecanismos idóneos para lograr la rehabilitación del penado y humanizar la pena, derecho consagrado en instrumentos internacionales que se integran a la Constitución Política por virtud del denominado bloque de constitucionalidad, sobre lo cual no tendría que hacerse ninguna discriminación.

Se trata de una determinada línea de endurecimiento de las sanciones penales y su ejecución, que ha comportado la relativización de principios fundamentales, como el de igualdad, pues de una parte seguimos alimentando la propuesta de un discurso penal garantista con asistencia plena de los principios fundamentales propios de un Estado social y democrático de Derecho, y en la orilla opuesta nos encontramos con la consolidación de un discurso de la emergencia y la clara propuesta de un *derecho penal del enemigo*, lo que se traduce en un *derecho penal máximo*, con un evidente recorte de garantías constitucionales y procesales, que cada día pareciera cobrar mayores adeptos.

Esta tendencia no se da solo en la legislación nacional, ella ha permeado también las decisiones de las Cortes y en particular de La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de aquellas leyes que eliminan los subrogados penales y demás beneficios penitenciarios para determinada categoría de delitos.

II. Los nuevos modelos de política criminal que inciden en el modo de ejecución de la pena de prisión

Comenzando el tercer milenio, una sucesión de hechos terroristas de gran escala en distintos países ha provocado en las últimas décadas la adopción de medidas contra el crimen en general y el terrorismo en particular, que ponen en crisis reconocidas garantías de raigambre constitucional. Se percibe de esta forma un nuevo escenario de una vieja tensión entre el derecho penal democrático y garantista y el derecho penal de corte autoritario y expansionista, que pretende ofrecer herramientas que tornen eficaz la lucha contra el delito, aunque se sacrifiquen de tal manera los principios fundamentales que termina aniquilándolos.

La presencia de grupos terroristas, ahora denominados narcoterroristas, y otros grupos armados al margen de la ley, a quienes se les endilga, además del delito de terrorismo, punibles tales como el secuestro y la extorsión, ha llevado a que en nuestro país, en las últimas décadas, se sitúe en el centro de la discusión político-criminal la cuestión acerca de cuáles son las medidas penales más efectivas para hacerles frente. Emergen de esta manera leyes penales y procesales penales antiterroristas, que constituyen la respuesta a tales formas de delincuencia, pero desde el plano simbólico, desplazando el papel instrumental o de protección efectiva que debería cumplir el Derecho penal, respuestas que sin duda reflejan un alto consenso de la comunidad¹.

¹ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa, en Nuevo Foro Penal, N° 71, Universidad EAFIT, Medellín, 2007, p. 16. Sobre la compleja situación colombiana y cómo el conflicto armado que durante años ha soportando nuestro país, tiene incidencia directa en la política legislativa penal, que ha convertido al derecho penal en Colombia en un arma de guerra -y en tal sentido en un derecho ilegítimo- que como todas, se utiliza para vencer o en todo caso aniquilar al adversario.

Con ello no se está queriendo significar que los hechos apuntados sean las únicas situaciones de excepción que llevan a remover principios cardinales propios de un derecho penal de base democrática. Sin ir más lejos las múltiples campañas de ley y orden que se articulan sobre la denominada sensación de inseguridad ciudadana, a partir de hechos delictivos comunes pero de singular crueldad, que conmueven al conglomerado social, así como la identificación de la comunidad con el dolor de la víctimas, propiciado en más de las veces por las campañas que promueven los medios de comunicación, suscitan una serie de medidas extraordinarias que han ido permeando el sistema penal.

La convergencia de toda esa serie de factores generadores de excepcionalidad, tienden a imponer fórmulas que afectan los límites materiales de la intervención estatal, con una importante vertiente hacia la discriminación o diferenciación entre los infractores de la ley penal, es decir para algunos el reconocimiento de los principios y garantía constitucionales, para otros la selección y exclusión de derechos y la imposición de prolongadas penas privativas de la libertad, sin posibilidad alguna de obtener el reconocimiento de los mecanismos sustitutivos de la prisión, ni la redención de pena por estudio o trabajo, ni otros beneficios penitenciarios que contribuyen al fin rehabilitador.

Esas fórmulas orientadas al evidente endurecimiento de las legislaciones penales, buscan que el Estado se vuelva más severo contra algunas formas de delincuencia, fenómeno al cual no ha sido ajeno nuestro país y que ha conllevado el crecimiento exponencial del número de personas en prisión. Estas personas ahora sufren penas privativas de la libertad más largas y con mayores dificultades para reducirlas y recibir beneficios por buen comportamiento, todo lo cual a la vez se asocia con la grave crisis que afrontan las prisiones en la actualidad² y que hacen más lejano el ideal resocializador³.

² Sentencia de Tutela nº 153 28 de abril de 1998, La Corte Constitucional reconoce un estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país.

³ La violación de los derechos humanos en los centros de reclusión colombianos es un hecho ampliamente diagnosticado y en ocasiones incluso reconocido por los diversos organismos oficiales. Sin embargo, se presenta en Colombia una falta de abordaje jurídico del problema, ya que teniendo como referente último a los derechos humanos, el derecho penitenciario resulta disperso y contradictorio en los niveles de producción e interpretación de la norma, en POSADA SEGURA, Juan David, El sistema penitenciario, estudios sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad, Bogotá, Librería jurídica Comlibros, 2009, p. 7.

Las medidas encaminadas al cumplimiento íntegro y efectivo de la pena de prisión, se aducen como justificación en la lucha positiva contra las formas de delincuencia que se catalogan mas graves: terrorismo, extorsión, secuestro extorsivo y conexos; y han ido extendiéndose a otros tipo de delitos, homicidio, lesiones personales dolosas, secuestro y delitos sexuales cometidos contra menores de edad, respecto de los cuales la protección de la víctima, con la que se identifica la mayoría, es el criterio fundamental para imponer sanciones severas a punto de clamar la prisión perpetua y hasta la pena de muerte⁴. Pero más allá de ello y como respuesta a la sensación de inseguridad que experimenta la comunidad, que reclama del Estado sanciones severas para conjurar la violencia en las calles, hoy por hoy, el porte ilegal de arma de fuego se erige como un delito de extrema gravedad, respecto del cual también se elimina la posibilidad de los subrogados penales. De hecho, la pena que en abstracto ha fijado el legislador para tal delito implica que en todos los casos no se reúna el factor objetivo que demandan los artículos 63 y 38 del Código Penal para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria. Cobra de esta manera, sin igual importancia, el concepto de seguridad ciudadana.

Si esas fórmulas son adecuadas o no para lograr la finalidad, ello es más que discutible. Y aún admitiendo que lo fuera, no estaría libre de duda la constitucionalidad de tales medios, pudiendo desde ya adelantar que nuestra valoración es negativa, pues abusar del recurso de la pena de prisión efectiva y eliminar al responsable de ciertas infracciones la posibilidad de acceder a los subrogados penales y demás beneficios penitenciarios, implica el desconocimiento del ideal resocializador de la pena y la deshumanización de la prisión. En síntesis aceptar que el principio de humanidad de la pena y el derecho a la reinserción social rige para algunos condenados y para otros no, con

⁴ MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés, Populismo punitivo y una "verdad" construida, en Nuevo Foro Penal, N° 72, Universidad EAFIT, Medellín, 2009, pp. 22, 24. La instauración de la cadena perpetua en el contexto colombiano ha tenido tan variadas iniciativas como delitos que han motivado tal propuesta. En el año 2000 el entonces presidente Andrés Pastrana propone imponer la cadena perpetua a quienes cometieran delitos de desaparición forzada, tortura, masacres, secuestros y terrorismo. Después en el año 2003, el entonces senador Carlos Holguín Sardi formuló la propuesta de castigar con prisión perpetua a quienes cometieran secuestro. En el año 2009 surge una iniciativa de reforma del artículo 34 de la Constitución Política que permita la pena de prisión a perpetuidad para quienes cometan delitos como "homicidio, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro contra los menores de 14 años y los menores de edad con discapacidad". El lema de la campaña: "Firmemos por nuestros niños y niñas prisión perpetua para violadores y asesinos".

pleno desconocimiento del principio de igualdad, constituye un inaceptable trato discriminatorio.

Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de comunicación, porque si bien la prensa suele reclamar penas más severas, o una aplicación más inflexible por parte de los órganos jurisdiccionales penales, esa exigencia es apenas probable que coincida con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar⁵.

El panorama que presenta el Derecho penal reciente, pareciera también estar vinculado estrechamente con una tendencia populista en la política criminal. De esta forma la creación de la ley penal pasa a contener rasgos de populismo punitivo, producto de las ideas de los gobernantes, mas no precisamente de un cambio impulsado desde la sociedad misma. Se le presentan al electorado propuestas penales que se refieren a aspectos sensibles en consideración a hechos particulares, que de alguna manera perturban al conglomerado social, animadas por las expresiones o manifestaciones espontáneas de furor punitivo, regularmente utilizadas por las propias víctimas o quienes más cerca están de ellas.

Los sucesos que resuenan en los medios de comunicación parecieran fácilmente entendibles como ejemplos de una ciudadanía que, en efecto, se está volviendo crecientemente punitiva. Sin embargo compartimos la opinión de Varona Gómez cuando expresa que aún representando ciertamente estos episodios fenómenos sociales a los que debe prestarse atención, no cree que quepa interpretarlos inequívocamente como signos concluyentes de lo que sería un auténtico clima punitivo en el seno de la ciudadanía⁶.

Si la opinión pública, y en particular, como lo expresa el mismo Varona Gómez "un presunto aumento de las "ansias punitivas",

⁵ Al respecto LARRAURI Elena. Populismo punitivo y como resistirlo. En Revista de Estudios Penales. Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro Brasil, año VII-2007-No.25. p.18. Expone la autora que su objetivo es intentar convencer al legislador que no está determinado por el populismo punitivo, esto es, que hay suficiente base social para oponerse a éste. Que no debe confundir opinión pública con opinión publicada. Y finalmente que el legislador y el gobernante pueden rebajar el grado de punitivismo en una determinada sociedad en un determinado período.

⁶ Cfr. VARONA GOMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. En InDret Revista para el análisis del derecho, <http://www.indret.com>. Barcelona, febrero 2009, Consultado el 9 abril de 2012, p.9.

parecieran haber jugado (y estar jugando) un papel importante en el diseño de la actual política criminal nada más lógico sería preocuparse por investigar el contenido de dicha opinión pública, como en efecto lo han venido haciendo varios investigadores en Europa y Estados Unidos principalmente”⁷.

Por su parte, Larrauri llama la atención indicando como, en el año 2000, la primera cuestión que surgió de nuevo con fuerza, fueron los estudios de “opinión pública y castigo”. Agregando que, no es casualidad, por cuanto una de las características del populismo punitivo es precisamente que el gobernante cree que la gente exige “mano dura” y en consecuencia hacer alarde de punición le comporta un mayor número de votos. Trae a colación estudios realizados por expertos que muestran que “la gente tiende a creer que hay más delito del existente, que este es más grave de lo que es y que las penas que los tribunales imponen son menos severas de lo que realmente son. Es decir tienden a creer que la situación está más descontrolada de lo que está: más delito, siempre de carácter violento y condenas benevolentes”⁸.

La configuración de un nuevo modelo de intervención penal que amenaza con deteriorar la cultura jurídica liberal, conquistada durante siglos, no solo se hace visible a través del populismo punitivo. El temor al delito y la sensación de incertidumbre que éste genera pueden también relacionarse con la pérdida de referentes y de seguridad desde la perspectiva de una sociedad en constante y veloz transformación, es decir globalizada. Lo cierto es que es evidente que hoy experimentamos una nuevas realidades que influyen el derecho penal, que lo expanden y que conllevan la relativización de los principios, garantías y reglas de imputación, siendo criticable, pudiendo incurrirse además en el error de

⁷ Así VARONA GOMEZ, D., ¿Somos los españoles punitivos...?.p. 2. Destaca que el estado actual de la política criminal española, que podría caracterizarse como expansionista o crecientemente punitiva, parece querer explicarse, al menos en parte, apelando a la demanda social en tal sentido. Sin embargo, cabe preguntarse de dónde se extrae esa visión de la ciudadanía actual como crecientemente punitiva. En su opinión, los fenómenos o fuentes de datos que en ocasiones se presentan como demostrativos de tal actitud punitiva ciudadana, analizados adecuadamente, no permiten tal deducción (al menos no sin matices importantes).

⁸ LARRAURI, E. “Populismo punitivo y como resistirlo”, p. 18. Lo curioso, en ese estudio (se refiere al realizado por Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, con encuestas en cinco países –Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Nueva Zelanda), explica Larrauri, es que cuando a la gente, en vez de una pregunta abstracta por teléfono, se le explica el funcionamiento y los principios que guían el sistema penal, se le proporciona un caso verídico, se le suministra información del infractor, se le dan diversas opciones, y se le indica que debe juzgar el caso concreto, en definitiva cuando se le indica que condene como si fuera juez, la condena que impone es similar a la que impone el juez.

que esa tendencia repercute en la criminalidad en general, en lo que no parece pensarse a la hora de proponer las reformas antigarantistas⁹.

El nuevo modelo de intervención penal que ha operado en los últimos treinta años aproximadamente, con un evidente endurecimiento de las legislaciones penales y un crecimiento muy acentuado de la población carcelaria, han tratado de explicarlo diferentes autores dentro del contexto internacional, tal y como adelante se precisará.

Sin embargo esas dinámicas están relacionadas con las características y configuraciones particulares de cada país –cultura, economía, política, mentalidad popular- lo que confiere la posibilidad de analizar como resistir esos cambios, teniendo en cuenta la propia realidad. En Colombia las legislaciones penales actuales evidencian los rasgos de esos nuevos modelos de política criminal y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se revisan algunas de dichas leyes, son muestra de cómo se va incorporando al discurso y al funcionamiento del sistema penal colombiano, algunas de las tendencias político criminales que han adquirido protagonismo en el campo penal en países europeos y anglosajones, y que se han ido identificando en las realidades variables de muchos otros lugares del globo, con diferentes matices e intensidades¹⁰.

Pero además, el caso de Colombia, es bastante complejo, debido a la coexistencia de factores tales como los altos indicadores de violencia generalizada en contraste con una guerra, que aunque ha tenido mutaciones, la ha sufrido nuestro país por medio siglo y en la que se mantiene la vía armada como método, sin que se reconozca la naturaleza del conflicto, “por lo que de forma equivocada se ha buscado una solución jurídico-penal al problema de la guerra con todo lo que ello representa , tanto desde el punto de vista del conflicto (que no puede ser resuelto), como de la justicia penal que termina utilizada como instrumento de guerra”¹¹.

⁹ En este sentido, FARALDO CABANA, Patricia, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, El nuevo autoritarismo político criminal en España (Política criminal y sistema penal: nuevas y viejas realidades punitivas). (consultado en <http://www.books.google.com.co> el 21 de diciembre de 2011.

También, SILVA SANCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Montevideo- Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pp. 53-131.

¹⁰ Así, TORRES CADAVID, Natalia. Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales. En Cuadernos de Investigación No 84. Universidad EAFIT, Medellín, 2010, p. 16.

¹¹ SOTOMAYOR ACOSTA, J., “Las recientes reformas penales en Colombia...” p. 29.

Al derecho penal del conflicto interno, que ha dado lugar a la existencia de una legislación “del enemigo”, a un endurecimiento punitivo con fines políticos no legítimos y la tendencia a integrar el derecho ordinario a la llamada legislación de emergencia, se suma un fuerte presidencialismo que “ha convertido al Congreso de la república en un simple tramitador de las propuestas gubernamentales, sin que hasta el momento haya sido posible construir una oposición que lleve a cabo un efectivo control político”¹².

Pero además se consolidan tendencias legislativas con rasgos de populismo punitivo y seguridad ciudadana, apreciable lo primero en los casos de delitos en que son víctimas los menores, y lo segundo, en delitos contra la seguridad pública, principalmente el porte de armas de fuego, aduciéndose como razón el interés de atacar los fenómenos de mayor impacto que atentan contra determinado grupo poblacional y contra la seguridad de los habitantes del territorio nacional¹³.

Entre los autores que han procurado explicar los fenómenos que han generado tal respuesta social al delito, están Garland (2001) que lo describe como una nueva “cultura del control”¹⁴; Bottoms (1995) como

¹² SOTOMAYOR ACOSTA, J., “Las recientes reformas penales en Colombia...” p. 31.

¹³ Llama la atención que en la página web del Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministro Vargas Lleras aduzca que el propósito de la Ley 1453 de 2011, denominada “Ley de seguridad ciudadana”, no es simplemente aumentar unas penas, o penalizar ciertas conductas. Se trata de precisar la forma en que la justicia debe enfrentar los fenómenos de mayor impacto que atentan contra la seguridad de los habitantes del territorio. Delitos como el tráfico y el porte ilegal de armas, la utilización de menores para cometer crímenes, el robo de celulares y de auto partes, entre otros, recibirán un tratamiento más adecuado y severo. El manejo del Sistema Penal de Adolescentes se replantea para que los menores infractores cumplan la totalidad de la sanción, en centros especializados, con medidas de control y seguridad adecuadas. (Consultado en <http://www.mij.gov.co>. Ministerio/libraynews/files, el 9 de abril de 2012).

¹⁴ Sobre el particular GARLAND, David, La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Gedisa S.A, 2005 pp. 41-70. Se ocupa en su libro de analizar los cambios dramáticos que se han producido en la respuesta social al delito durante los últimos treinta años y de las fuerzas sociales, culturales y políticas que los han generado. Expresa Garland que si se le pide a los operadores indiquen cuales son los cambios más importantes en la política penal de los últimos treinta años, sin duda mencionarían “el declive del ideal de la rehabilitación”... como objetivo de las instituciones penales”. Las posibilidades rehabilitadoras de las medidas de la justicia penal rutinariamente se subordinan a otros objetivos penales, en particular, la retribución, la incapacitación y la gestión del riesgo... Esta caída en desgracia de la rehabilitación ha sido inmensamente significativa. Su declive fue el primer indicador de que el esquema de la modernidad -que se había fortalecido incesantemente a través de un siglo- estaba comenzando a desarticularse. La rehabilitación había sido el soporte estructural central del campo, la piedra basal en un arco de prácticas e

“populismo punitivo”¹⁵ y más recientemente en España, Díez Ripollés (2004) que lo describe como “un nuevo modelo penal de seguridad ciudadana”¹⁶.

Generalmente con el uso de estos conceptos se ha pretendido indicar el viraje de un sistema penal orientado a la resocialización del infractor, hacia un sistema penal que persigue la incapacitación.

En estos nuevos modelos de intervención penal, el común denominador es que se persiguen evitar la delincuencia por medio de la aplicación de penas más severas y se sitúa el énfasis, no en la rehabilitación del infractor sino, esencialmente, en el bloqueo de oportunidades para cometer el delito.

En esta línea, sintetiza Larrauri, diversos autores afirman que se ha pasado de un modelo que perseguía el orden social a través del

ideologías que se sostenían recíprocamente. Cuando se vino abajo la fe en este ideal, comenzó a deshacerse todo el tejido de supuestos valores y prácticas sobre los que se había construido la penalidad moderna.

¹⁵ Citado por MARTÍN ALVAREZ, Alberto y DE LA TORRE, Verónica, en Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central, Revista Perfiles latinoamericanos Nº 37, enero-junio 2011. (Consultado en <http://scielo.unam.mx/pdf/>, el 20-12-2011). El concepto de populismo punitivo fue elaborado por el criminólogo Anthony Bottoms (1995: 39-41) para referirse a la adopción de políticas punitivas por parte de los responsables políticos con la convicción de que éstas reducen la criminalidad, refuerzan el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades delictivas y, sobre todo, resultan atractivas para determinados sectores del electorado. De acuerdo con Bottoms, es oportuno calificar estas políticas de populistas porque se sustentan en la creencia de que serán populares. En palabras del propio autor (Bottoms, 1995: 40), el concepto “populismo punitivo” expresa la noción de los responsables políticos, quienes aprovechan para sus propios propósitos lo que perciben como una postura punitiva del público. Determinados líderes políticos responden a la ansiedad de la ciudadanía con medidas de tolerancia cero contra el crimen, incremento de las penas y, en general, un enfoque punitivo, buscando réditos electorales. Para identificar el uso del populismo punitivo, Bottoms propone la siguiente fórmula: a) mayores penas pueden reducir el delito, b) las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad, y c) hay unas ganancias electorales producto de este uso.

¹⁶ Cfr. DÍEZ RIPOLLES, José Luís. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Artículos RECPC 06-03(2004), (consultado en <http://criminnet.ugr.es/recpc/06recc06-03.pdf>, el 18-12-2011.p-03:8). Se refiere dicho autor a la prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana; sustantividad de los intereses de las víctimas; populismo y politización. La experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de plena importancia a la hora de configurar las leyes penales y pugnan por serlo también en la aplicación legal.

Estado social (social welfare) a un modelo que persigue ese objetivo a través del control social (social control)¹⁷.

La política criminal contemporánea de combate a la delincuencia, defendida por la mayoría de los legisladores, clama pues por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de subrogados y beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del delincuente. Este modelo punitivo que busca afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal "gobernar a través del delito" (*governing through crime*), ha encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad¹⁸.

Estos nuevos modelos de seguridad a decir de muchos autores encuentran referencia en el denominado derecho penal del enemigo, no obstante la polémica doctrinal que ha generado la significación formal y material de tal expresión.

Así, Muñoz Conde recuerda que según Jakobs, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico¹⁹.

El problema, entonces, que plantea este derecho penal del enemigo es su incompatibilidad con los principios y garantías del derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho. ¿Dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?; ¿quien define al enemigo y como se lo define?; ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos los hombre y mujeres son iguales ante la ley?

El derecho penal del enemigo es una propuesta de derecho penal de autor. Se etiqueta al ciudadano como enemigo, se le suprimen las garantías, se le somete siempre a confinamiento y para el cumplimiento total de la pena se elimina la posibilidad de obtener subrogados penales

¹⁷ LARRAURI PIOJAN, Elena, Ayuntamientos de izquierda y control del delito, conferencia de clausura del IV congreso español de criminología, Barcelona julio de 2007, publicada en Revista para el análisis del derecho, (Consultado en <http://www.indret.com>, el 21-12-2011).

¹⁸ Cfr. LARRAURI, Elena. "Populismo punitivo y como resistirlo" p.10

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal del enemigo. Conferencias magistrales, México Inacipe, 2003, p 44. (Consultado en <http://www.letrasjuridicas.com>, el 20-12-11)

y beneficios penitenciarios, para que la sanción sea aún más aflictiva. En síntesis se le liquida por su calidad de enemigo. Como dice Gracia Martín, ya la propia expresión “derecho penal del *enemigo*” lleva una fuerte carga ideológica y emocional, pues su solo pronunciamiento suscita prejuicios, agregando que “el debate sobre un derecho penal del enemigo, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho”²⁰.

En las legislaciones modernas, y la de Colombia no es la excepción, se han venido a desconocer garantías y derechos a determinados infractores, respecto de los cuales ya no cabe la comunicación de la prevención especial positiva propia de la pena, sino simplemente la defensa extrema, no medidas jurídicas sino de guerra. Se trata como lo expresa Fernández Carrasquilla de la resurrección de las primitivas formas de responsabilidad noxal o expulsión de la paz²¹. A estas personas se les discrimina, se les excluye, en fin, se les trata como enemigos, no como ciudadanos, y se corre el riesgo de que tal tratamiento se generalice, advirtiendo seguidamente que, cuando se trata de igualdad, aún legal, frente a un tratamiento ignominioso, lo que cabe es superarlo, no generalizarlo aplicándolo a todo²².

Por su parte Zaffaroni nos recuerda como Jakobs, “ante la notoria legislación penal de “lucha” (el autoritarismo penal *cool*), postuló la conveniencia de separar un *derecho penal del ciudadano* y un *derecho penal del enemigo*, como medio para evitar que éste último contamine toda la materia. En tanto que el derecho penal del ciudadano sería el que se ocupe del delincuente común, el del enemigo se ocuparía, por ejemplo, de los terroristas. El primero aplicaría penas y respetaría los principios liberales, en tanto que el segundo impondría medidas de contención basadas en la peligrosidad”²³.

²⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luís. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECP) 06-04 (2004). (Consultado en <http://criminet.ugr.es/recpc>, el 10 de octubre de 2011).

²¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan., Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011, p. 371.

²² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., “Derecho penal parte general...” p. 372.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Buenos Aires, Ediar Temis, 2005, p. 268.

Esta propuesta de Jakobs, a decir de Zaffaroni²⁴, es de la más absoluta buena fe, pues cuando propone distinguir un derecho penal para el ciudadano y otro para el enemigo, lo hace imaginando que ambos funcionen en un estado de derecho, como lo hicieron otros muchos autores con anterioridad. Además, asume un fenómeno real, que es la represivización de la legislación penal, en una mezcla de retiro táctico y resignación, tratando de impedir la extensión del fenómeno a todo el derecho penal. Sin embargo, adelanta Zaffaroni, su hipótesis es que en este campo resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal y/o administrativo) en el marco de un estado de derecho, y así lo ha sido siempre, aunque se lo haya teorizado con otros nombre, e intenta demostrar que esto sólo puede admitirse si se opta por un modelo de estado absoluto, tal como lo postulaba Carl Schmitt.

Para cualquier persona es evidente que la seguridad es un problema real, pero no puede ser tomada como pretexto para legitimar una clara tendencia al control total de la población. Control que se ha venido extendiendo a otras formas de delincuencia diferentes al terrorismo y sus delitos conexos y que ha propiciado una confusa ideología de la cultura del control que vira a un modelo penal basado en la incapacitación, que puede observarse en opinión de Garland²⁵, en los siguientes indicadores reflejados en las actuales formas de producción de las leyes:

1. Declive del ideal de la rehabilitación del infractor penal (hoy este fin ya no se asume como principio rector del sistema penal que orienta todas sus decisiones y prácticas).

2. Resurgimiento de las sanciones punitivas y de la "justicia expresiva", como símbolo de la ira, que no introduce, sin embargo, medidas reales de reducción del delito.

3. Cambios en el tono emocional del discurso público sobre el delito, enfatizando el tono dramático de la comisión y circunstancias del mismo.

4. Retorno de la víctima y supuesta protección de la misma en todo caso, bajo cualquier precio, mediante medidas que recurren

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los "extraños", (a la memoria de Alfonso Reyes), (consultado en <http://cuadernos.inadi.gob.ar/numero-01/> el 20 de noviembre de 2011)

²⁵ GARLAND, D., "La cultura del control..." pp. 42-61

sistemáticamente a la prisión u otras formas de encierro para la “contención del peligro”.

5. Politización y nuevo *populismo*, como *técnicas de gestión que desplazan las voces de los profesionales expertos* (juristas, profesores, trabajadores sociales).

6. Transformación del propio pensamiento criminológico, que se nutre de teorías sobre el control, sobre las criminologías de la vida cotidiana, gestionando con *esquemas neoliberales y actuariales* el análisis y comisión del delito.

7. Aumento de la infraestructura de *la industria de la prevención*, así como de sectores como *la seguridad privada*.

8. *Comercialización del control del delito*, cambiando la noción de ciudadanos por la de *consumidores*, y estrategias de difusión de los riesgos con distribución también difusa de los costes.

9. Introducción de *sensación permanente de crisis, de enemigos convenientes o apropiados* de los que hay que defenderse, con una doble estrategia política: la utilización “esquizofrénica” del “*sí mismo*”, es decir del delincuente como *consumidor racional*; y “*del otro*”, como el delincuente extraño, amenazante y resentido, frente al que todo vale para neutralizar el peligro que supone.

El contexto de la cultura del control que expone Garland a lo largo de su libro, entendiéndolo como el viraje que se ha producido en la manera de comprender y reprimir el delito, fruto de una acomodación y reacción a los cambios sociales, económicos y culturales que ha experimentado la sociedad contemporánea como consecuencia del grave deterioro de la política criminal de corte asistencialista, no se da de tal modo en Colombia, pero debe reconocerse que en nuestro país, como lo expone Sotomayor Acosta también se presenta con claridad un fenómeno de endurecimiento punitivo y limitación de garantías penales, aunque por causas muy diferentes a las que explican el surgimiento de dicha tendencia en los países desarrollados²⁶.

²⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. ¿El Derecho penal garantista en retirada? En Revista Penal, Nº 21, p.150. (Consultado en <http://www.uhu.es.revistapenal/index.php> el 9 de abril de 2012). Expresa el autor que si bien el análisis de Garland se refiere fundamentalmente a la evolución del control del delito en los Estados Unidos e Inglaterra, por diferentes causas y con desigual intensidad, algunos indicadores de esta cultura del control encuentran ya manifestaciones en otros países, especialmente europeos. Luego, bien por una vía o por la otra, o por ambas, poco a poco comienzan a

En opinión de Sotomayor Acosta²⁷, tres, son los motores que están impulsando el fenómeno en nuestro país: "1) La subrepticia sustitución de la pena por la detención preventiva como objetivo de la intervención penal, que está llevando a su vez, de manera indirecta, a un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas para obligar a la detención preventiva (o evitar la procedencia de la detención domiciliaria). 2) La utilización del Derecho penal con fines políticos y muy particularmente como instrumento de la lucha contrainsurgente; basta mirar las penas previstas para delitos como el terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, etc., para darse cuenta de que no se trata de figuras concebidas para controlar la criminalidad común sino para enfrentar punitivamente al enemigo, con las particularidades propias de la situación colombiana. 3) Finalmente, en el país también se está dando un tipo de legislación que parece contener algunos rasgos de lo que suele denominarse «populismo punitivo», pese a que no alcanza aún la trascendencia que tiene en otros lugares dado el mar de leyes penales y de exacerbación punitiva de muy diversos signos existentes en Colombia. Los delitos que más jalonan esta tendencia son aquellos que tienen a menores como víctimas".

A todo ese alcance criticado obedecen las restricciones a subrogados penales y beneficios penitenciarios, introducidas en nuestra legislación penal, que predicando la lucha por combatir algunas formas de criminalidad terminan convirtiéndose en un extravío de la razón punitiva²⁸ y en típico ejemplo de irracionalidad legislativa²⁹, afectando flagrantemente el derecho a la igualdad, pues carece de razonabilidad cualquier discriminación frente al derecho a la rehabilitación, que tienen todos los condenados, según mandato constitucional.

Se abandona la idea de la rehabilitación del penado para pasar a un sistema eminentemente represivo. De esta manera, el punitivismo o represivismo se convierte en una tendencia de las últimas décadas, aunque con antecedentes remotos, vinculada con la expansión del Derecho penal, paradigma conforme al cual la función punitiva debe configurarse como un instrumento "de mano dura" a efectos de llevar a

llegar a Colombia discursos que pretenden *justificar* el endurecimiento punitivo y/o la relajación del sistema de garantías del Derecho penal... Es lo que sucede con los discursos del Derecho penal del enemigo y de la "modernización" del Derecho penal (o Derecho penal del riesgo).

²⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, J. "¿El Derecho penal garantista..." p. 154.

²⁸ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, La lucha antisequestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva), en Jueces para la Democracia, N° 31, Madrid, 1998, p. 89.

²⁹ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J., "Las recientes reformas penales en Colombia...", p 13.

cabo una “lucha frontal” contra la criminalidad, exigiéndose el recurso al derecho penal frente a toda situación indeseable y con el consecuente recrudecimiento de las sanciones ya existentes en la legislación penal, lo cual se refleja en nuestra legislación con las leyes que, de una parte, aumentan desmesuradamente la pena de prisión, y de la otra, categóricamente eliminan los subrogados penales y otros beneficios penitenciarios para los responsables de ciertos delitos, frente a quienes solo cabe el cumplimiento íntegro de la pena de prisión.

Como veremos, para llegar a este objetivo, lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad, principalmente.

III. El principio de igualdad

La igualdad como principio fundamental es asiento insustituible en la ideología liberal del moderno concepto de Estado Social y Democrático de derecho³⁰. La idea de igualdad está siempre relacionada con la justicia. Se reconoce al otro como igual, es decir, merecedor del mismo trato que cada individuo considera merecer. Toda persona es igualmente digna que las otras y por lo tanto debe tener los mismos derechos frente al Estado. Aquí aparece una noción de justicia que corre en paralelo con el principio de igualdad.

“El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional”³¹. La igualdad empieza a reconocerse a partir de la idea de que todos los hombres y mujeres somos dignos y merecemos un mismo trato.³² Ese reconocimiento busca superar el concepto de derecho-privilegio de los antiguos regímenes, sin embargo es importante resaltar que el simple hecho de haberse suprimido el sistema de subordinación personal, no es suficiente para proclamar que se ha eliminado todo criterio

³⁰ Esta caracterización del Estado, formulado jurídicamente como Estado social democrático de derecho, permitirá el desarrollo de un derecho penal de especiales características, que impone el límite inmodificable de los derechos fundamentales del individuo.

³¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.

³² El artículo primero de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de agosto 26 de 1789, decía que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos”.

discriminatorio frente a la autoridad, frente al control, y predicar que ciertamente todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley³³.

Razón le asiste a Fernández Carrasquilla cuando expresa que casi todo lo que se ha escrito sobre la igualdad es confuso porque el hombre no ha podido prescindir de privilegios³⁴. Y es que, tal y como lo expresa Bustos³⁵, “no es necesario para rebatir la afirmación de que todos los sujetos son iguales ante la ley, que ella rige para todos y con la misma intensidad respecto de cada ciudadano, recurrir al planteamiento de que la justicia es una justicia de clases y que consecuentemente las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida”.

Dejando de lado estas críticas, se advierte que el principio de igualdad tiene plena consagración constitucional y se convierte por ello en un programa a alcanzar. A través de su entendimiento se deben revelar todos los procesos de discriminación con el objeto de establecer las garantías correspondientes para ir en su búsqueda, sin perder de vista que tal principio tiene precisamente asiento en la idea de la *dignidad humana*.³⁶ La dignidad de la persona es el núcleo del principio de igualdad y del derecho a un trato no discriminatorio. La dignidad de la persona es entendida como un principio que guía e informa la garantía del derecho a la igualdad.

Ferrajoli³⁷ atribuye al principio de igualdad jurídica, la característica de ser un principio moderno, cuyos elementos constitutivos son el valor primario de la persona y el consiguiente principio de tolerancia. Se trata, dice, de “un principio complejo que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales, sin distinciones de sexo, raza, idioma, religión. En este sentido igualdad y diferencia, no solo no son antinomias sino que se implican

³³ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. “Derecho penal. Parte general”. p. 368.

³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. “Derecho penal. parte general”. p. 367.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Derecho Penal, (Control social y sistema penal), Tomo II, Bogotá, Leyer, 2008, p 8.

³⁶ El principio de igualdad permitió la transformación de la sociedad prerrevolucionaria, conformada por un amplio conglomerado de diversos estamentos en un solo pueblo compuesto de ciudadanos iguales desde el punto de vista jurídico, pero que se convirtió rápidamente en una verdadera cobertura formal que buscaba ocultar las manifiestas desigualdades, propiciadas por el asenso al poder de una nueva clase social -la burguesía- y el sometimiento de otra clase mayoritaria: el proletariado. Así en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Manual de derecho penal. parte general”, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, p 70.

³⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 906.

recíprocamente. El valor de la igualdad consiste, precisamente, en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de *cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás*".

Importa también resaltar, como lo hace Fernández Carrasquilla³⁸, que "para entender mejor el concepto de igualdad, debe partirse de la idea de que la igualdad se dice siempre con relación a algo positivo con respaldo a lo cual somos iguales, careciendo de sentido como igualdad en algo negativo (igualdad de todos frente a las reglas infames)".

3.1. Consagración positiva del principio de igualdad

La igualdad, como principio, como derecho y como garantía, en materia penal, tiene consagración positiva en los tratados internacionales sobre derechos humanos³⁹, en el texto mismo de nuestra Carta Política y en los Códigos penal, de procedimiento penal y penitenciario.

De manera expresa el principio de igualdad está contenido en el artículo 13 de la Carta Política, que dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

Contempla también esta norma fundamental que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y es su obligación adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

Haciendo parte también del contenido fundamental de la Carta política, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrado a nuestra Constitución a través del bloque de constitucionalidad, consagra que todas las personas son iguales ante la

³⁸ FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. "Derecho penal parte general...", p. 367

³⁹ El Bloque de Constitucionalidad es uno de los más importantes aportes de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano. Su función fundamental es la de servir como instrumento de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos ad extra del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos y el DIH en el país.

ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. En el mismo sentido el art. 24 de la Convención americana sobre derechos humanos, consagra el principio de igualdad.

El derecho a la igualdad está contemplado también como norma rectora en el artículo 7 del Código penal (Ley 599 de 2000), en el artículo 4 del Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) y en el artículo 3 del Código Penitenciario y Carcelario (ley 65 de 1993).

Es preciso observar que la consagración expresa del principio de igualdad en el título segundo de la Carta Política -bajo el rótulo de los derechos, las garantías y deberes constitucionales-, capítulo primero, contentivo de los derechos fundamentales, permite inferir su preeminencia en dicho cuerpo normativo, pues está ubicado justamente a continuación de los derechos fundamentales a la vida (art. 11) y a la integridad personal (art. 12). Es decir, que a la luz de la Constitución colombiana la igualdad, además del carácter de principio fundamental, tiene la consideración de derecho fundamental de las personas, de ahí también su consagración en las demás codificaciones, como norma rectora.

Se destaca que además de su consagración expresa en el artículo 13 constitucional, el artículo 5 de la misma norma superior, hace una mención tácita al principio de igualdad, cuando instituye que el Estado reconoce, *sin discriminación alguna*, la primacía de los derechos inalienables de la persona, entre los que se encuentran de manera determinante la dignidad de la persona (art. 1º) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16). Sobre este particular, la Corte se ha pronunciado reconociendo la inclusión de la igualdad en la norma citada al establecer que el principio de igualdad descrito en los artículos 5 y 13 de la Constitución Política, pregonan un mismo trato, sin discriminación, para todas las personas que se encuentran frente a una misma situación jurídica⁴⁰.

En síntesis, la igualdad en materia penal, forma parte del derecho positivo en Colombia como principio fundamental, como derecho fundamental y como norma rectora, razón por la cual tiene el carácter de norma jurídica superior, que rige de manera particular sobre las normas del ordenamiento penal, constituyéndose en un límite a la intervención punitiva del Estado en la esfera de la libertad de los individuos, y por lo tanto en una garantía de éstos frente a aquel.

⁴⁰ Sentencias C-36/1996 y T-171/de 1996, entre otras.

3.2. Supuestos básicos de igualdad (igualdad formal e igualdad material)

En la dogmática constitucional colombiana podemos entonces identificar dos supuestos básicos de igualdad: igualdad formal e igualdad material. Cada uno opera de manera distinta: prohibición de discriminación, según el primer supuesto y deber de promoción y de protección, en el segundo supuesto.

La igualdad formal exige que todos aquellos que sean destinatarios de las normas sean tratados igualmente por estas. En otras palabras, quienes caen dentro del espectro de regulación no pueden ser tratados de manera distinta. La igualdad ante la ley asegura que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo sistema jurídico, es decir a las mismas normas, y en materia penal implica que la ley penal se aplique a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella, y en el mismo sentido, que las diferencias de trato obedezcan a criterios razonables de diferenciación que tengan un sustento objetivo.

En virtud de lo anterior este principio implica un límite para el legislador, en el sentido de que a este órgano del poder del Estado en ejercicio de sus funciones le es exigible la neutralidad legislativa o lo que es lo mismo, en palabras de la Corte, "el legislador está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros"⁴¹, argumento que, se anticipa, desconoce el legislador cuando expide leyes que enfatizan y ponen de manifiesto el viraje en la penalidad de un modelo orientado a la resocialización hacia otro basado en la incapacitación del penado, tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior. Es decir cuando de manera absoluta elimina a los responsables de determinados delitos la posibilidad de gozar de los subrogados penales y otros beneficios penitenciarios, con desconocimiento del fin rehabilitador de la pena, que se favorece a través de dichos institutos.

Es claro que según su consagración en la norma positiva superior, y el posterior desarrollo jurisprudencial, el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad

⁴¹ Sentencia C-588 de 1992.

perseguida por la autoridad⁴², lo cual no se evidencia en aquellas leyes que eliminan para los responsables de ciertas delincuencias la posibilidad de obtener los referidos subrogados penales, en desmedro del fin resocializador de la pena, que debe reconocerse en igualdad de condiciones a todos los infractores de la ley penal.

El principio de igualdad lo que exige entonces es que se dispense “el mismo tratamiento para las personas que se encuentran cobijadas bajo una misma hipótesis. En suma, en sentir de la Corte, la igualdad constitucional se fundamenta en “la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales⁴³”.

Los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas”⁴⁴, prevé la igualdad ante la ley de todas las personas privadas de la libertad, con igual derecho a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. De igual manera prohíbe cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad. Los instrumentos internacionales reconocen el derecho a la rehabilitación del penado como función principal de la pena, y en razón de ello a todos los condenados debe garantizárseles ese derecho a través de los mecanismos instituidos por el legislador para lograrlo, entre ellos los subrogados penales y demás beneficios penitenciarios y de carácter administrativo.

3.3. Con el principio de igualdad se reconoce, en el mismo artículo 13 constitucional, el principio de no discriminación

⁴² Cfr. Sentencia No. C-588/92 doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Con arreglo al principio de igualdad, desaparecen los motivos de discriminación o preferencia entre las personas. Basta la condición de ser humano para merecer del Estado y de sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad personal y la misma atención e igual protección que la otorgada a los demás.

³¹ Sentencias C-221/1992, C-430/1993, C-445/1995, C-22/1996, C-563/1997 y C-112/2000, entre otras.

⁴³ Sentencia C-93/2001.

⁴⁴ Documento aprobado por la Comisión interamericana de Derechos Humanos, en su 131 período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Derivado de la consagración constitucional del principio de igualdad, la Constitución nacional reconoce en el mismo artículo 13 el principio de no discriminación. En efecto, el inciso primero de la citada norma consagra la cláusula general de igualdad y no discriminación.

Sabido es que un Estado social y democrático de derecho debe permitir al legislador espacios de configuración normativa, (libre configuración del legislador) que comprende la posibilidad de establecer tratamientos disímiles en diversas áreas de la sociedad, pero siempre y cuando se satisfagan ciertas exigencias, como la existencia de una diferencia que reivindica un trato distinto; que con el trato que se le otorga a las personas se persiga una finalidad, la cual debe ser admisible desde los valores y principios consagrados en la Constitución; que los medios diseñados sean útiles y necesarios para la finalidad perseguida y que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde un absoluto desequilibrio con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican⁴⁵.

En materia penal, de manera particular, habrá casos en los cuales esté justificada la diferenciación de trato, así por ejemplo: imputables e inimputables, servidores públicos y particulares, infractores mayores e infractores menores de edad. Pero esa diferenciación de trato, desde la perspectiva garantista, debe tener un carácter reductor y no un carácter expansionista del derecho penal.

La legislación penal de nuestro país, durante los últimos treinta años y con mayor asentamiento en el último decenio, ha puesto de manifiesto como única respuesta del Estado frente a determinadas delincuencias e infractores de la ley penal la pena de prisión, y más allá de ello se tiende a considerar la ejecución de la pena de prisión como un fin en sí mismo, dejando el tiempo de internamiento vacío de contenido rehabilitador y convirtiendo la prisión en "almacenes" de delincuentes, internados en ellos cuanto más tiempo mejor, con la finalidad de evitar que cometan delitos en el exterior, es decir por fuera de la prisión⁴⁶.

Tal legislación, sin duda alguna, insiste en diferenciar entre dos clases de delincuentes: basta leer las norma que establecen excepciones al régimen general para los delitos de terrorismo, extorsión, secuestro

⁴⁵ Cfr. Sentencia C-057/10. En el mismo sentido C-665/98.

⁴⁶ Cfr LOPEZ PEREGIN, Carmen, La lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?, Medellín, Revista Nuevo foro penal Nº 68, Universidad EAFIT, 2006, pp. 161 y 162, cuyo pensamiento compartimos..

extorsivo y conexos y delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, así como los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y secuestro, estos últimos cuando la víctima es un niño, niña o adolescentes, para concluir que se están estableciendo reglas diferentes para determinado tipo de infractores, en desmedro del derecho a la reinserción social que debe garantizársele a todo condenado, sin discriminar entre los responsables de unas u otras delincuencias, pues la manifestación de un mero retribucionismo, al que se añade la idea de inocuización, no puede hacer parte del ius puniendo en un Estado que se dice social y democrático de derecho.

El máximo tribunal constitucional expresa que en todos los casos, la igualdad jurídica, tanto formal como sustancial puede ser definida como igualdad en los derechos fundamentales, que son técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos asegurada o perseguida⁴⁷. Si ello es así, el trato discriminatorio, respecto del derecho constitucional a la reinserción social del reo, quebranta el principio de igualdad porque no estaría justificada tal diferenciación.

Desde esta perspectiva el principio de igualdad formal se concibe como ley en cuanto el legislador no podría diferenciar en las garantías de que goza el individuo, ni ofrecer a unos el reconocimiento de unos derechos y a otros no⁴⁸, semblante respecto del cual ninguna diferenciación de trato se justifica.

3.4. El derecho a la igualdad de trato o igualdad ante la ley implica para el condenado por cualquier tipo de delito el derecho a la reinserción social, a la luz de los Instrumentos Internacionales que se integran a nuestra Constitución por medio del bloque de constitucionalidad

Colombia ha suscrito y ratificado una serie de tratados internacionales que contienen las formas que debe seguir el Estado con

⁴⁷ FERRAJOLI, L., "Derecho y razón...", p. 907.

⁴⁸ De ese modo viene también reconocida la dignidad igualitaria e incondicional de todas las personas en el derecho positivo nacional por los artículo 1 de la Constitución Política, 1 del C.P. de 2000 y 1 del C.P.P. 2004, así como por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que el artículo 93 de la Carta incorpora al derecho interno con carácter prevalente y la jurisprudencia constitucional reconoce como integrantes del bloque de constitucionalidad. Así, en FERNANDEZ CARRASQUILA, J., "Derecho penal, parte general...", p. 157.

relación al trato de las personas privadas de libertad. De otra parte, los instrumentos de derechos humanos de carácter no contractual incluyen también reglas mínimas, principios básicos, recomendaciones, o códigos de conducta, todo ello relacionado con los derechos de las personas detenidas.

a) El derecho a la reinserción social en la Constitución Nacional

La Constitución nacional en el artículo 12 contempla que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Lo que significa que la imposición y ejecución de la pena debe respetar la dignidad del ser humano, que necesariamente y en relación con la prisión debe vincularse al tratamiento que ha de recibir el penado, como oferta del Estado para una evolución positiva y con el grado de progresión hacia la libertad condicional.

Pero además de esta expresa consagración, a través del bloque de constitucionalidad, se integran a la Constitución instrumentos internacionales que consagran como finalidad esencial del régimen penitenciario la readaptación social de los penados⁴⁹.

Al respecto, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acogido por Colombia mediante la ley 74 de 1968, en el artículo 10, exige, no solo, un trato humano para todas las personas privadas de la libertad, sino que además prevé que *"el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados"*.

A su turno, La Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada mediante la ley 16 de 1972, en similar sentido conviene que

⁴⁹ Sentencia C-225 de 1995. En esta sentencia la Corte expresa que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" cuyo respeto se impone a la ley. De esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de norma, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitaria y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se protege el derecho a estudiar y trabajar, y disponen que en cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento.

De otro lado tenemos que las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio, disponen que el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia y que el número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles, deben estar determinados de modo tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

Por su parte, El Código Penal colombiano, contempla en el artículo 4, norma rectora, que la pena cumplirá además de las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, la protección al condenado y tendrá la función de reinserción social del mismo. Como puede verse el código enfatiza la prevención especial positiva, cuya formulación legal implica su reconocimiento para todos los penados⁵⁰.

⁵⁰ La Corte Constitucional en la sentencia C-647 del 2001, tratando sobre las penas y su necesidad, se refirió a la prevención general, tanto positiva como negativa y a la prevención especial, entendida como reincorporación a la vida social, como fines de la pena en el Estado colombiano: “La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no solo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”. Hoy en día existe una creciente aceptación del hecho que todo proceso resocializador, para ser auténtico, requeriría de al menos dos elementos (1) el consentimiento del sujeto, tanto en la definición de los problemas y conflictos que sería necesario intervenir, como en los métodos y plazos para conseguirlo; y (2) que tales programas sean ejecutados en un entorno adecuado, lo más cercano posible al medio libre.

Por último el Código Penitenciario colombiano, ley 65 de 1993, consagra dentro del título primero, de las normas rectoras, que el fin fundamental de la pena es la resocialización (art. 9), y la finalidad del tratamiento penitenciario alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario (art.10).

Como puede verse, el Estado debe no solo garantizar el respeto a todas las personas que se encuentran en prisión, sino que debe ofrecerles la posibilidad de la reinserción, pues ello es consustancial al esquema de Estado Social y Democrático de Derecho, implementado en la Carta Política promulgada en 1991.

La pena, “además de ser la proporcional al injusto material y a la culpabilidad, ha de orientarse a unos fines, y el resocializador tendrá como objetivo ofrecerle siempre al reo la oportunidad efectiva de llevar en el futuro una vida socialmente ordenada y pacífica, sin más delitos”⁵¹. Así entonces, la prevención especial debe estar siempre presente en la dinámica de la ejecución humanitaria de la pena, prohibición de instrumentalización y máxima reducción de los efectos deshumanizadores o desocializadores, y de esta dinámica hace parte el ofrecimiento de la esperanza, esto es de la perspectiva real de reintegración a la vida social pacífica.

De otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido a través de sentencias de constitucionalidad que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización del delincuente, por ser ello una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad humana. Pero además precisa que la resocialización, concebida como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y las condiciones que impidan que la persona vea empeorada, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de resocialización⁵².

⁵¹ Cfr. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan., “Derecho penal, parte general...”, pp. 382-385.

⁵² Así, en la Sentencia C-261 de 1996, donde además alude al art. 10, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En idéntico sentido, La Corte enfatiza que la ejecución de las penas, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, debe tener una función de prevención especial positiva que debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. Pero más importante aún, la Corte reconoce que el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo, agregando que por ello es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario⁵³.

Ahora bien, ha sido la misma Corte Constitucional la que, asumiendo una posición respetuosa de los derechos y garantías que por igual deben acompañar a los penados, ha ponderado que la resocialización para que dé los resultados esperados, debe ir acompañada de la progresiva humanización y liberación de la ejecución penitenciaria, por lo que debe considerarse que mecanismos tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la redención de pena por trabajo y estudio, los permisos de salida, el trabajo en el exterior de los regímenes abiertos, permiten la readaptación social del reo⁵⁴.

Asimismo el alto tribunal ha razonado que la función preventiva especial de la pena se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, siempre y cuando estén "orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad"⁵⁵.

b) Los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y los beneficios penitenciarios

Tradicionalmente nuestro legislador ha buscado establecer medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, en desarrollo de uno de los cometidos asignados a la sanción penal, como es la resocialización del condenado.

⁵³ Sentencia C-656 de 1996.

⁵⁴ Así en la sentencia C 806 de 2002.

⁵⁵ En la misma sentencia C 806 de 2002.

La doctrina ha reconocido que con la suspensión condicional de la ejecución de la pena se busca “prevenir la criminalidad y sustraer del ambiente carcelario a infractores que incurran en comportamientos delictivos de poca monta, de tal manera que su rehabilitación pueda cumplirse por fuera del mundo de las prisiones⁵⁶”.

De otro lado, no se cuestiona que la libertad condicional constituye un incentivo o estímulo para el reo, pues le permite redimir pena o reducir el tiempo en prisión, lo cual obviamente mejora las condiciones de detención del interno, a través de mecanismos motivadores para su resocialización. Doctrinariamente se ha entendido este mecanismo como un lapso de transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad, un “aprendizaje de la vida en libertad⁵⁷”. Se busca mediante esa excarcelación anticipada estimular al condenado a que observe buena conducta y durante el período de prueba logre su readaptación.

Apunta el profesor Velásquez Velásquez⁵⁸ que “desde el punto de vista político criminal, se le asigna a la libertad condicional la función de contribuir a la corrección del reo en el sentido de la prevención especial, su resocialización, junto con la protección de la sociedad frente a las formas más graves de delincuencia”. Se priva de la libertad al responsable de los delitos graves, como respuesta a su conducta desviada (función retributiva de la pena), pero no se le niega la oportunidad de reinsertarse a la sociedad (función resocializadora de la pena), cuando ha demostrado buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión y razonablemente se infiere que no es necesario que continúe la ejecución de la pena de prisión.

Dichos mecanismos tienen amplia trayectoria en la legislación penal patria. Aparecen en el derecho penal nuestro a finales del siglo antepasado y comienzos del XX, hasta encontrar cabal consagración en el Código Penal de 1936, prorrogándose en las legislaciones penales subsiguientes. En la actualidad tiene plena consagración en los artículos 63 y 64 del ordenamiento sustantivo penal. Pero además de estos, la legislación penal colombiana contempla la prisión domiciliaria, en el artículo 38, y los sistemas de vigilancia electrónica⁵⁹, como sustitutivos

⁵⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. “Manual de derecho penal...” p. 774.

⁵⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. “Manual de derecho penal...”, p. 782.

⁵⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. “Manual de derecho penal...”, p. 783.

⁵⁹ Este moderno sistema de vigilancia electrónica del excarcelado, se encargó de regularlo el legislador, para lo cual desarrolló tres modalidades, las que deben ser asignadas por la autoridad judicial competente de acuerdo con la disponibilidad de las mismas y las fases previstas para ser implementadas. i. El seguimiento pasivo RF, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazaletes o una tobillera. ii. El

de la prisión, artículo 38A de la misma normativa, todos ellos susceptibles de ser concedidos al condenado, una vez demostrados los requisitos legales, lo que significa que no podrán considerarse una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez y tampoco exclusivamente de factores objetivos. Y si ello es así, si tales subrogados están determinados por ciertos requisitos, cumplidos estos, al condenado le asiste un verdadero derecho a su reconocimiento, pero al excluirse respecto de cierto catálogo de delitos, tal eliminación desde la misma legislación, no puede menos que constituir un evidente trato discriminatorio que no tiene justificación.

Estos fenómenos, no puede perderse de vista, se distinguen pues por su carácter *condicional*. El favorecido, si no quiere verse sometido al régimen penitenciario debe cumplir ciertas exigencias que garanticen la observancia o acatamiento de un comportamiento social idóneo, y que no recaerá en otra conducta delictiva. Por consiguiente cumpliéndose las exigencias que particularmente prevé la propia norma para el otorgamiento del subrogado, no se entiende como a través de una norma sustantiva se niega absolutamente su concesión.

La Corte Constitucional ha discernido que la privación de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso en materia penal, por lo cual las alternativas de su cumplimiento fuera del establecimiento carcelario y la redención de pena, cobran gran importancia en el contexto de la garantía de una gran variedad de derechos que se restringen por el hecho de estar en una cárcel. Por lo anterior, expresa la alta corporación, la consagración legal de la posibilidad de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella, debe brindarse en igualdad de condiciones, y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la legislación penal⁶⁰.

De otra parte el Código de Procedimiento Penal, en armonía con el Código Penitenciario, contemplan la redención de pena por trabajo y estudio, así como por actividades artísticas, literarias, deportivas y en comités de internos, lo cual tiene perfecta relación con el *sistema*

seguimiento activo – GPS: brazalete o tobillera que lleva incorporada una unidad GPS (Sistema de posicionamiento global). iii. El reconocimiento de voz. A través del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del beneficiado, y autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro.

⁶⁰ Sentencia C-185/2011

progresivo adoptado por la legislación penitenciaria, en el sentido de que se permite la libre evolución del interno en las distintas fases del sistema, (de adaptación, ordinaria, de confianza y de semilibertad) hasta el logro de la libertad dentro del contexto de la institución penitenciaria (arts. 82 a 103 de la ley 65 de 1993).

De igual forma tiene previsto el Código Penitenciario, los beneficios administrativos (art. 146): permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros que harán parte del tratamiento en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.

Todos estos beneficios penales y administrativos tienen como objetivo preparar al condenado, mediante su resocialización, para la vida en libertad.

IV. El deterioro del contenido limitador del principio de igualdad, como consecuencia de las leyes que eliminan a los responsables de determinados delitos, los subrogados penales y otros beneficios penitenciarios.

Tal y como se ha dejado expresado atrás, en los últimos años se han venido desconociendo garantías y derechos a determinados infractores de la ley penal, a los cuales incluso llega a calificárseles de “enemigos” por su grave o su permanente separación del régimen jurídico vigente.

Con fundamento en el utilitarismo tradicional y para satisfacción y supuesta protección de las mayorías que en coro reclaman penas de prisión más prolongadas, fundamentados en la sensación social de inseguridad; la identificación de la comunidad con la víctima del delito (que entiende la pena como mecanismo de ayuda a la superación del trauma generado por el injusto); en la desconfianza por las decisiones judiciales, tenemos que la tendencia actual de nuestra legislación penal es la de aumentar drásticamente las penas y eliminar categóricamente, a los responsables de determinados delitos, la posibilidad de obtener subrogados penales y otros beneficios penales y administrativos en el período de cumplimiento de la pena. En otras palabras, se busca el cumplimiento íntegro de la pena de prisión a través de la utilización abusiva del derecho penal, de cara a una aparente política eficaz de lucha contra la criminalidad que se cataloga como más grave.

A modo de ejemplo, tal como lo explica Lopera Mesa⁶¹, frente al devenir del secuestro se fue gestando una fuerte campaña de opinión encabezada por los medios de comunicación y auspiciada por la Iglesia Católica y los principales gremios económicos, que promovieron un ambiente de especial animadversión frente a ese delito, a punto de “convertir la cruzada antisequestro como un fin que justifica cualquier medio”.

Más recientemente se gestó en el país otra amplia campaña contra la violencia física y sexual cometida contra los menores de edad, propiciando también un severo endurecimiento de las penas para este tipo de delitos y eliminando totalmente los subrogados penales, beneficios penitenciarios y rebajas de pena por aceptación de cargos para sus infractores. El Título IV del Código Penal Colombiano -Ley 599 de 2000- referido a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual fue modificado integralmente entre el 23 de julio de 2008 y el 21 de julio de 2009: se crearon nuevos delitos, se ampliaron los supuestos normativos de varios tipos penales y circunstancias de agravación, y principalmente se elevaron las penas, claro está que desde la expedición de la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia, ya se había eliminado toda posibilidad de otorgamiento de la libertad condicional, subrogados penales y beneficios penitenciarios para los autores de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, lo cual evidencia un “uso populista de la ley, pues el legislador precisamente ofrece penas más altas y severas para conseguir la visibilidad ambicionada y justificar sus iniciativas afirmando que con mayores penas se contribuirá a reducir los delitos y a reforzar el consenso moral social”⁶².

Se llega así a un evidente trato discriminatorio: a unos sentenciados se les permite el derecho a la suspensión condicional de la

⁶¹ Cfr. LOPERA MESA, G., “La lucha antisequestro en Colombia...”, p. 89.

⁶² Cfr. TORRES CADAVID, Natalia. “Populismo punitivo en Colombia...” p.p. 36, 46. La autora se ocupa de realizar una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas penales relativas a los delitos sexuales, y de esta manera efectuar una caracterización del populismo punitivo en Colombia, a fin de verificar si en efecto cada una de las leyes que en tal sentido se han expedido cumple con las tres condiciones o asunciones de las que habla Bottoms.

También, MUÑOZ TEJADA, J. “Populismo punitivo y...”, p.15. Efectúa una interesante reflexión encaminada a evidenciar como el incremento de las penas para algunos delitos es no solo presionada por gran parte de la población, sino que suscita toda una serie de discursos de exclusión y separación que arroja como resultados la construcción de “nuevas verdades” en torno a la cuestión penal.

ejecución de la pena, la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, los sistemas de vigilancia electrónica, y además se les oferta, en busca del fin de reinserción, programas de tratamiento, y si la evolución es positiva, le sigue la obtención de ciertas ventajas (progresión en grado, libertad provisional, permisos para trabajar, salidas), que les proporciona la oportunidad de resocializarse o al menos de no desocializarse, mientras que a otros sujetos se les interna en prisión y lo que se les transmite es que hagan lo que hagan, evolucionen positiva o negativamente, cumplirán el mismo número de años de encierro a los que fueron sentenciados. Se les priva de los derechos a acceder a los subrogados penales, beneficios penitenciarios y otros beneficios administrativos, como mecanismos para lograr su rehabilitación, perdiéndose el objetivo que la Carta de derechos, a través de los instrumentos internacionales que hacen parte de ella, han trazado para la pena y el tratamiento penitenciario.

Escenarios como los antes expuestos, también se hallan en leyes tales como la 40 de 1992, 733 de 2002, 1121 de 2006 (todas ellas encaminadas a prevenir, detectar y sancionar el terrorismo y otros delitos relacionados como la financiación del terrorismo, el secuestro extorsivo, la extorsión y conexos); ley 1098 de 2006, que contempla algunos procedimientos especiales para los responsables de delitos cuyas víctimas son menores de edad; ley 1453 de 2011, a través de la cual se dictan disposiciones para garantizar la seguridad ciudadana y la ley 1474 de 2011, por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Todas estas leyes con un común denominador: la exclusión de subrogados y beneficios penales y penitenciarios para estos determinados grupos de delitos, con lo cual, sin duda, busca el legislador satisfacer de mejor manera a la comunidad que reclama penas más severas y su íntegro cumplimiento, porque se considera que la redención de pena o cualquier otro beneficio que se le conceda al sentenciado es sinónimo de impunidad, con el olvido completo del derecho que el penado tiene de adelantar un proceso que le permita su vuelta a la sociedad.

Consolidando esta tendencia, la ley 890 de 2004 no solo aumenta el máximo de la pena de prisión hasta los 60 años, en caso de concurso, y hasta los 50 años para delitos en particular (arts.1 y 2), sino que además, en el artículo 14, ordena de manera generalizada, un aumento de la pena mínima en una tercera parte y de la máxima en la mitad, para todos los delitos previstos en la ley 599 de 2000, lo que tuvo como motivación posibilitar, a través del nuevo sistema penal acusatorio, las

negociaciones o preacuerdos de pena entre la fiscalía y el procesado, asunto que con razón califica el profesor Sotomayor Acosta de demencial⁶³, máxime en un país cuyo sistema de penas no se caracteriza precisamente por su moderación y donde a través de las ya referidas leyes se elimina también la posibilidad al procesado de cualquier negociación o aceptación de cargos con fines de rebaja de pena, como así lo contempla la referida legislación.

Esta leyes tienen como soporte, así se ha entendido por el legislador y lo ha avalado la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad por medio de las cuales ha revisado la exequibilidad de algunas de dichas normas, la lucha frontal contra la criminalidad y la protección de la comunidad respecto de las formas de delincuencia más grave o que causan mayor irritación al conglomerado social, de igual manera la protección a las víctimas. Por ello se elevan las penas y se endurecen las condiciones de su cumplimiento, transmitiendo la idea de que cuantos más años de prisión se cumplan y con más dureza, mejor se combatirá la criminalidad.

Lo que salta a la vista en los últimos estatutos sustantivos y adjetivos penales nacionales, es que Colombia, "ha ingresado sin rubor, ni tapujos en el casi arrollador *movimiento de expansión y endurecimiento* que caracteriza a los derechos penales europeos a partir de los años 70 del pasado siglo, tendencia que sin duda se ha recrudecido a partir del nefasto 11-09-2001 y subsiguientes ataques terroristas en Madrid, Tokio y otras capitales"⁶⁴.

En la actualidad y frente al reclamo de mayores penas y menos beneficios para los responsables de determinados delitos que se consideran particularmente graves, predomina la tendencia a creer que el otorgamiento de los mecanismos sustitutivos de la pena o la posibilidad legal de obtener ciertas franquicias o exenciones (redención de pena por el trabajo y estudio, permisos de salida) constituyen impunidad. Visión marcada de utilitarismo penalizador, que no considera la real magnitud de dichos institutos, motivando percepciones distorsionadas a su verdadera naturaleza jurídica.

Desconoce el legislador a través de las mentadas leyes, y también la Corte Constitucional en las sentencias de exequibilidad como la C-213 de 1994, C-762 de 2002 y C-073 de 2010, que todos estos institutos están rodeados de unos requerimientos legales que el ciudadano privado

⁶³ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J., "Las recientes reformas penales...", p. 47.

⁶⁴ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. "Derecho Penal. Parte general, p 146.

de la libertad debe cumplir, so pena de no obtenerlos. No son un regalo, no son una dádiva, no son una gracia, son un derecho, ciertamente condicionado porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentre en prisión, sino que están sujetos a presupuestos normativos y la posterior evaluación judicial⁶⁵.

De manera errónea se ha entendido que política criminal es sinónimo de aumento de penas para las conductas que generan mayor rechazo social, creación de leyes que socavan las garantías y principios constitucionales y además limitan la autonomía funcional, independencia e imparcialidad de operadores de los sistemas jurídicos, so pretexto de garantizar mayor seguridad y protección a ciertos bienes jurídicos y a determinados sectores de la sociedad⁶⁶.

Como viene de observarse, no obstante todo ese tránsito progresivo que se ha dado desde la ilustración en procura de un derecho penal con límites, asistimos hoy a una clara exacerbación punitiva, con tendencia a la diferenciación arbitraria, injustificada y no razonable, respecto de grupos de personas procesadas o sentenciadas por determinado tipo de delitos, a quienes simplemente se les pretende confinar y dejar en el olvido, evidenciándose una clara vocación a ser sujetos de procesamiento y de condena penal sin merecimiento alguno respecto de libertad provisional, rebajas de pena, subrogados penales o beneficios administrativos.

De esta manera se viene perdiendo el referente teórico del principio de igualdad y con ello se ha venido elaborando un nuevo discurso jurisprudencial y doctrinario, ajustado a un nuevo estado de cosas, que conlleva a una discriminación sin justificación objetiva, tendiente a menoscabar la dignidad humana, pues se toman como fundamento ideas como las de la seguridad ciudadana, sociedad de riesgo, protección a la víctima, la confusión de las categorías de guerra, crimen y derecho, todas ellas como objetivo político criminal que "conduce a la reconstrucción de un derecho penal de la peligrosidad,

⁶⁵ MEINI MENDEZ, Iván, "Fines, Cumplimientos y Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sobre la naturaleza de los subrogados penales y su creencia de que son una gracia y no un derecho que le asiste al sentenciado. (Consultado en <http://www.unifr.ch/ddp1/derecho/penal/articulos/a20080526>, el 08-25-2011).

⁶⁶ Así, SOTOMAYOR ACOSTA, J., "Las recientes reformas penales...", pp. 37-39.

que esperamos solo corresponda, como lo expresa García-Pablos de Molina a “un paréntesis de sombras”⁶⁷.

Y siguiendo a García-Pablos, tenemos que decir que “aceptar, con resignación, dos clases de Derecho penal; reservar el espíritu garantista y el aparato categorial de la dogmática clásica a la parcela más rancia de aquel, a sus infracciones convencionales, admitiendo que la eficaz tutela de los emergentes bienes jurídicos supraindividuales requiera excepcionar los dogmas, principios y garantías de aquella, significa abrir una peligrosa grieta cuyas consecuencias no se harán esperar”⁶⁸, porque la actual escisión del Derecho penal y las tendencias político-criminales que insinúan sus procesos neocriminalizadores, puedan acabar contaminando el propio *núcleo duro* del Derecho penal. Es cosa de tiempo, si no se pone freno al defensismo antigarantista que nos invade⁶⁹.”

Se observa pues que las actuales tendencia legislativas han flexibilizado las garantías penales, permeando la jurisprudencia y la doctrina, generando un Derecho penal con reglas diferentes a las tradicionales, que se aplican de manera selectiva o discriminatoria, corriéndose a la vez el riesgo de que el Derecho penal mínimo comience a ser, según palabras del profesor español Silva Sánchez “un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa -y deformada- frase de Radbruch, relativa a la sustitución del Derecho penal por algo *mejor* que éste”⁷⁰, por lo que poco o nada interesaría conocer donde se hallan los límites de *tal derecho penal mínimo*.

Partiendo de los anteriores criterios, interesa indagar cual ha sido en Colombia el tratamiento jurisprudencial, del principio de igualdad ante la ley penal, cuando la Corte Constitucional ha revisado la

⁶⁷ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio., “Derecho Penal. Introducción”, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. XXIX.

⁶⁸ Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho penal. Introducción, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2000, p. XXX. Según el autor, el Derecho penal, el vetusto y arcaico Derecho penal de siempre, ha experimentado un positivo proceso histórico de racionalización, irreversible –espera el autor- aunque no lineal y uniforme, sino salpicado por paréntesis de sombras y esperpénticos retrocesos a la sinrazón, a la inhumanidad. Dicha racionalización se produce hoy en plena conciencia de su valor puramente instrumental, en cuanto medio al servicio de la convivencia humana.

⁶⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Derecho penal...” p. XXXI.

⁷⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal (aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales), segunda edición, editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006, p.p. 1, 2.

exequibilidad de las leyes que excluyen los subrogados penales y otros beneficios penitenciarios frente a determinados delitos.

V. Alcance de la jurisprudencia constitucional desde el principio de igualdad, frente a las leyes que excluyen subrogados penales y beneficios penitenciarios

Debemos partir de las siguientes aserciones: la Corte Constitucional ha reconocido que los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, los cuales operan siempre y cuando el sentenciado cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador, tienen, como fundamento que los inspira, el derecho a la resocialización de los penados, pues entiende que “lo que compromete la existencia de posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino mas bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad”⁷¹.

De otra parte, también la Corte Constitucional ha admitido, en reiterada jurisprudencia, que la pena privativa de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso o el límite más severo, por ello cobra gran importancia la observancia de garantías ante la gran variedad de derechos que se restringen por el hecho de estar en una cárcel. Y que la consagración legal de la posibilidad de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella, debe brindarse en igualdad de condiciones, y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la legislación penal⁷².

Entonces, asumiendo la culpabilidad como límite⁷³, un vez impuesta la pena, la cual ha debido individualizarse plenamente por el juez de conocimiento, teniendo para ello en cuenta, entre otros

⁷¹ Así en la sentencia C-679 de 1998, en similar sentido las sentencias C-430 de 1996 y C-806 de 2002.

⁷² Así la sentencias C327 de 1997, C-368 de 2000 y más recientemente la C-185/2011.

⁷³ ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. España, Editorial Civitas, 1997, p.p. 99-100. Según el maestro ROXIN, la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino solo en el marco de la culpabilidad del sujeto.

aspectos, la mayor o menos gravedad de la conducta⁷⁴, con lo que se cumple la función retributiva de la pena, lo que se sigue es que a todos los sentenciados se les garantice en igualdad de condiciones el derecho a la reinserción social, solo así deja de ser utilizado el hombre como "medio" al servicio de los fines del Estado y se humaniza la pena.

Sobre este particular el máximo tribunal constitucional ha entendido que "sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital, agregando que El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados"* y en el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley 63 de 1995 dispone que la finalidad del tratamiento penitenciario consiste en *"alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad..."*⁷⁵.

Aún más, transcribiendo a Ferrajoli, dijo la Corte en la sentencia C-679 de noviembre 19 de 1998, que se ocupó de analizar la constitucionalidad del artículo 522 del Decreto 2700 de 1991, lo siguiente: *"argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es (...) el principio moral de la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un "medio" o "cosa", sino siempre como un "fin" o "persona (...)" Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena. (...) Resulta por eso un argumento no sólo pertinente sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona"*⁷⁶.

⁷⁴ Artículo 61 del Código penal.

⁷⁵ Sentencia C-806 de 2002 y en similar sentido sentencias C-194 de 2005 Y 679 de 1998.

⁷⁶ Sentencia C-679 de 1998. Se ocupó de analizar la constitucionalidad del artículo 522 del decreto 2700 de 1991. Negación o revocatoria de los subrogados penales. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá revocar o negar los subrogados penales con base en prueba indicativa de la causa que origina la decisión.

No obstante la posición de la Corte en torno al derecho que tiene el condenado a rehabilitarse y reinsertarse al seno de la sociedad, y que los subrogados penales constituyen dispositivos legales para lograr tal propósito, como instituciones penológicas tendientes a estimular las actitudes readaptativas de los reos, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que nuestro sistema penal le asigna a la pena, la misma Corporación ha venido declarando la exequibilidad de todas aquellas leyes que excluyen los subrogados penales y beneficios penitenciarios a los responsables de delitos, entre otros, el terrorismo, financiación del terrorismo, la extorsión, el secuestro extorsivo y los delitos conexos con estos.

La Corte ha seguido una línea, a través de la cual ha razonado que no se viola el derecho a la igualdad cuando el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales, de las que es titular, consagra regímenes diferenciados para el tratamiento penitenciario de determinados delitos, eliminando para los que considera más graves, el derecho del sentenciado a reclamar el reconocimiento de subrogados penales y otros beneficios administrativos o penitenciarios⁷⁷.

Atendiendo a una cuestión objetiva cual es la mayor gravedad de la conducta ilícita, y acudiendo a conceptos tales como la protección a la comunidad y a la víctima y los compromisos que Colombia ha adquirido con otras naciones para combatir el terrorismo y demás delitos conexos con éste, ha expresado La Corte que la consecuencia obvia de lo anterior, es que el tratamiento penitenciario de los condenados por delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el proporcionado a las conductas de menor gravedad. Así lo ha expresado en sentencias tales como la C-093 de 1993, C-213 de 1994, C-394 de 1995, C-430 de 1996, C-592 de 1998 y más recientemente en las sentencias C-762 de 2002 y C-073 de 2010.

Esta posición, vale aclararlo, no solo se ha mantenido frente a los subrogados penales y beneficios penitenciarios, sino que la ha ampliado a las causales de libertad provisional, por estimar que el legislador está

⁷⁷ En la sentencia C-171 de 1993, la Corte señaló que “concederles a algunos ciudadanos una serie de beneficios como los que establecen los literales d., f., g., i. y m. del artículo 10. del decreto 264 de 1993, entre otros, excluyendo de esos privilegios excepcionales a los demás individuos, significa establecer el principio conocido como la “acepción de personas”, opuesto a la igualdad propia de la justicia”. Sin embargo, debe recalcar, La Corte no lo hizo para igualar frente a quienes no estaban incluidos como destinatarios de dichos beneficios, sino para increpar que los mismos no podían ser concedidos a los autores precisamente de las conductas mas graves.

constitucionalmente facultado para determinar cuáles de dichas causales proceden para todos los delitos y cuáles no. Así, en la sentencia C-318 de abril 9 de 2008, al examinar el parágrafo del artículo 27 de la ley 1142 de 2007, que reformó el artículo 314 de la ley 906 de 2004 e introdujo un sistema general de regulación restrictiva preventiva de la libertad como consecuencia de una imputación penal, advirtió la alta corporación que el legislador redujo el ámbito de discrecionalidad originariamente otorgado al juez, excluyendo del ejercicio potestativo que le había adscrito, el catálogo de delitos relacionado en dicho parágrafo, teniendo como fundamento consideraciones de política criminal, de conveniencia y oportunidad, inspiradas en la exigencia de reforzamiento de *seguridad* frente a eventos delictivos de particular gravedad, consideraciones que, en principio, caen bajo su órbita de competencia legislativa, en función de "*protección de la comunidad, en especial de las víctimas*" que el artículo 250 numeral 1° de la Constitución, le asigna a las medidas de seguridad.

No tiene en cuenta la Corte que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva está sujeta a que en cada caso concreto se valore la necesidad de la misma, en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y la ley, como así lo motivó en la sentencia C-774 de julio 25 de 2001, dado que en este caso no se está frente a personas culpables sino solo sospechosas de haber cometido un delito y por tanto amparadas por la presunción de inocencia.

Ha sido pues criterio reiterado de la Corte Constitucional que la diferenciación de trato para los responsables de ciertos delitos, a los que se les excluyen subrogados penales y beneficios penitenciarios a través de determinadas leyes, atiende a criterios de razonabilidad. Entiende la alta corporación que frente a delitos graves y la necesidad de un control social, lo que corresponde es optar en todo evento por la detención y la prisión como única respuesta.

De manera concreta el tribunal constitucional aludió, en la sentencia C-522 de 1998, que esa posición no significa, en modo alguno, que la Corte avale en su pronunciamiento la tesis peligrosista, ni que desconozca la función primordialmente resocializadora de la pena, como sus críticos podrían darlo a entender. Lo que ocurre es que el beneficio penitenciario, que se refiere de manera particular a la libertad condicional, se somete a un régimen de concesión diferenciado, tomando como elemento fundamental la gravedad del delito cometido, dada la entidad del bien jurídico afectado, sin que por ello se contraría el artículo 93 Constitucional, que integra el art. 10-3 del Pacto

Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas pues, a juicio de la Corte la función resocializadora de la pena no sufre menoscabo porque el legislador someta la concesión de la libertad condicional a regímenes diferenciados, con fundamento en el interés social y la gravedad de las conductas delictuales que por su trascendental valor social, merecen una protección y un tratamiento jurídico que guarde proporcionalidad con su importancia.

Y para justificar tal posición agrega que aún cuando la pena, en su fase de ejecución, tiene principalmente un propósito resocializador, ello no significa que no cumpla también con la función de prevención por la vía de la disuasión general, que es tan importante como la de resocialización. Así pues, la Corte antepone el fin preventivo general, abandonando el fin resocializador, lo que a su vez concreta un propósito cual es, que se lleve a cabo y en forma íntegra el cumplimiento efectivo de la pena.

No toma en cuenta la Corte que la mayor o menor gravedad del hecho punible es un componente que incide en la medición judicial de la pena (C.P. art. 61) -a mayor gravedad del delito, mayor pena-. Por consiguiente la gravedad del delito es un concepto que el legislador define cuando en abstracto fija los topes punitivos, y que se concreta cuando el juez de conocimiento realiza la dosimetría penal. Impuesta la pena de prisión, la gravedad de la conducta, conforme al análisis que hace el juez sentenciador, se proyecta también en la suspensión condicional de la ejecución de la misma (art. 63 ídem) o en la libertad condicional (art. 64 ídem), instituciones que corresponden a pasos graduales en el desarrollo del proceso penal.

También se desconoce, de contera, el contenido del artículo 4 del Código Penal Colombiano en lo relativo a otros fines de la pena como son la prevención especial positiva y la reinserción social del condenado. Siendo ello así, es al juez de conocimiento al que le corresponde la valoración en concreto de esa gravedad, en consonancia con las situaciones particulares del caso y las condiciones individuales del reo, de manera que la medida cumpla con el requisito de la razonabilidad y permita una aplicación material del principio de igualdad⁷⁸. Por su parte

⁷⁸ En este sentido es importante traer a colación la siguiente consecuencia acerca del manejo populista y punitivo de las iniciativas penales, que plantea TORRES CADAVID, N., en "Populismo punitivo en Colombia...", p.29: "con la reducción del arbitrio judicial a la hora de sustituir la pena, o las leyes que consagran mínimos obligatorios en el castigo, que se establecen con la intención de hacer las veces de una guía para condenar, se le resta al juez experto en derecho penal y quien tiene relación directa con el caso, la autonomía necesaria para aplicar derecho con justicia: la aplicación de

el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley se materializaría si establecidas las condiciones que deben anteceder a la aplicación de los subrogados y demás beneficios penitenciarios (aspectos objetivo y subjetivo), no se excluyera su otorgamiento respecto de determinados infractores, solo así se entendería que aquellos constituyen un derecho que rige para todos los condenados y que contribuye a su resocialización⁷⁹.

Importa resaltar que la Corte persiste en su razonamiento cuando en las sentencias C-213 de 1994, C-762 de 2002 y C- 073 de 2010⁸⁰, deja en claro que la negación *per se* de beneficios y subrogados penales previstos expresamente por el legislador para los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro, extorsivo, extorsión y conexos, no afecta la función resocializadora de la pena, pues su concesión debe atender a criterios de mérito y en este sentido, en delitos como el terrorismo y similares existiría un factor de diferenciación que justificaría la exclusión de dichos beneficios: la gravedad de la conducta, lo cual no representa una afectación del derecho a la igualdad, pues la diferencia de trato está basada en un criterio objetivo y razonable, de manera que la exclusión de beneficios en estos casos se encuentra plenamente justificada.

El legislador parece no tomarse en serio sus propias declaraciones, pues si la norma penal prevé como función de la pena la reinserción

una pena que esté directamente relacionada con el desvalor del injusto, la culpabilidad y la necesidad del pena del sujeto”

⁷⁹ Resulta complejo y en ocasiones contradictorio y paradójico conjugar las dos dimensiones básicas de la igualdad. No obstante una concepción general del principio de igualdad conduce a la necesaria integración de esas tensiones que subyacen a los aspectos formal o jurídico y material o fáctico.

Importa también resaltar que en la Sentencia C-172 de 1993, la Corte aludía a que en la justicia distributiva se observa el medio de acuerdo con el merecimiento de las personas. Pero ese merecimiento también se observa en la justicia conmutativa, como por ejemplo en la imposición de penas, pues será mayor el castigo a quien afecte gravemente el bien común. Como se ha venido sosteniendo, la justicia distributiva adjudica algo entre los particulares, según el merecimiento personal de cada uno de éstos. Por tanto, no se puede conceder un beneficio según la cosa en sí - exclusivamente-, sino según la proporción que guardan dichas cosas con las personas.

⁸⁰ Han existido tres preceptos similares en el ordenamiento jurídico colombiano: el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, el artículo 11 de la ley 733 de 2002 y el artículo 15 de la ley 40 de 1993, todos ellos han excluido los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y cualquiera otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

social del condenado y para lograrlo se establecen algunos mecanismos legales como la libertad condicional, que opera después de cumplidas las dos terceras partes de la pena, lo que corresponde es que cumplido ese tiempo, el juez de ejecución de penas pueda revisar cómo va el proceso de reinserción social del penado, y de esta forma tome decisiones al respecto. La exclusión tajante de dicho subrogado conlleva el rechazo del fin resocializador de la pena y de la función de reinserción.

Estimamos que el rechazo de la resocialización, sin más, conlleva a una auténtica vuelta atrás en este estado de cosas, fomentando el neorretribucionismo y, consiguientemente, un firme refuerzo de la potestad punitiva del Estado sin cuestionamientos molestos, frente a la acentuada discriminación que se activa a través de la misma legislación. No toman en cuenta ni el legislador ni el tribunal constitucional la respuesta represiva no ataca el problema de fondo, ataca los hechos, no las causas. Cuando el problema resurge, la respuesta es más represión⁸¹.

De manera particular la Corte Constitucional alude a que la concesión de subrogados penales y otros beneficios conllevaría a que bajo tal perspectiva la comunidad estaría avocada a que los terroristas, secuestradores y extorsionistas, no estén recluidos en la cárcel. Lo que resulta de ello es la diferenciación entre dos clases de delincuentes. Al régimen general se establecen excepciones para los responsables de delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos. No repara que el establecimiento, por parte del legislador, de reglas diferentes para un determinado tipo de delincuentes significa una infracción del principio de igualdad, con el desconocimiento total de derecho a la reinserción social del penado, que debe orientar la ejecución de la pena, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas por Colombia, que se integran al texto constitucional por mandato de la misma Carta fundamental.

La exclusión de beneficios y subrogados penales, en términos de las sentencias de exequibilidad en comento, pone de manifiesto la

⁸¹ Afirma Amadeu Recasens I Brunet, experto en seguridad, catedrático y ex director de la Escuela de Policía de Catalunya, que las políticas de mano dura “no solucionan el problema” del delito. Los medios construyen miedos como “herramientas de sumisión”. Además advierte que la crisis global generará mayor sensación de inseguridad. En síntesis, que la represión no resuelve nada. Entrevista ofrecida a Irina Hauser (Consultado en <http://aulapenal.wordpress.com/2008/11/12/>, el 18 de enero de 2012).

posición de la Corte Constitucional de respaldar las decisiones del poder legislativo fundadas en esos nuevos modelos de política criminal a que aludimos en el capítulo segundo: el derecho penal como arma de guerra o lucha contra el enemigo, el interés de hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que, según percepción de la comunidad, afecta de forma grave la tranquilidad y seguridad ciudadana.

Tal y como se expusiera en capítulo anterior, el panorama actual de los subrogados y beneficios penitenciarios, en nuestro país, nos permite percibir, a partir de diversas normas legales y del análisis que la Corte Constitucional ha efectuado al revisar la exequibilidad de las referidas leyes, una estratificación de regímenes para el acceso a tales beneficios, que prescinden de criterios individualizadores, para regirse por el delito materia de la condena como elemento generalizador, por lo que se dice son: terroristas, secuestradores, extorsionistas, violadores, etc, y porque se consideran peligrosos para la sociedad, con un criterio determinista, de manera que el sujeto resulta condenado a sufrir la totalidad de la pena impuesta de modo fatal e inevitable, para que responda por lo que se dice es, no por lo que realmente ejecutó. También se olvida que el fin de la sociedad no puede imponerse al individuo; en otras palabras, no puede sacrificarse al individuo so pretexto de la utilidad de su sacrificio para la sociedad. La idea de la defensa social, afirmaba Francesco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal, así nos lo recuerda Ferrajoli en su teoría del garantismo penal⁸².

VI. CONCLUSIONES:

El Derecho penal debe ser un medio excepcional de intervención social del Estado pues choca con el principio constitutivo general de las libertades de la persona. Sin embargo resulta actualmente problemático aterrizar en nuestro derecho penal vigente el principio de mínima intervención.

Lo que evidencian las leyes penales de las últimas décadas es que Colombia también ha ingresado al movimiento expansionista y de

⁸² Citado por FERRAJOLI, Luigi, Garantías y Derecho penal, p. 168, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juridic>. el 9 de enero de 2012

endurecimiento de las penas, que caracteriza a la mayoría de los derechos penales de Europa y América, con el consecuente sacrificio de los más preciados principios que identifican a un Estado social y democrático de derecho.

La permanente huída hacia el derecho penal como respuesta estatal a los reclamos de mayor seguridad y lucha contra la delincuencia, ha dado lugar al exagerado aumento de penas y a la restricción notable de los subrogados penales y beneficios penitenciarios, a punto de eliminarlos totalmente para los responsables de determinados delitos.

Estas restricciones ponen de manifiesto el abandono de la reflexión jurídica acerca del contenido de los derechos fundamentales y humanos, que como "cartas de triunfo" nunca deben estar a merced del poder, ni sometidas al balance de los intereses colectivos.

Con el visto bueno de la Corte Constitucional, asistimos hoy a una legislación de marcado corte autoritario, justificada en el amparo de la lucha contra el terrorismo, la extorsión, el secuestro y más recientemente contra los violadores y vulneradores de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se trata pues de un sistema paralelo⁸³, propio de los denominados sistemas de emergencia que han traído como en el ámbito del sistema legal, de efectos preponderantemente simbólicos, pues se orientan no tanto a incidir en la realidad, sino a modificar la imagen que el conglomerado social tiene de esa realidad.

Se fabrica un nuevo discurso de legitimación, que no depende de ningún valor sino de la eficacia operativa que tiene para el sistema. Se renuncia a la idea de que todos los condenados, sin ninguna discriminación, deben gozar del derecho a la reinserción social y que a todos debe brindárseles, en igualdad de condiciones, la posibilidad de resocializarse o al menos de que no se propicie su desocialización, para lo cual se elimina respecto de determinado grupo de infractores cualquier posibilidad legal de obtener el reconocimiento de los

⁸³ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Garantismo y derecho penal en Colombia. Revista Penal Jueces para la Democracia, núm. 35. (consultado en <http://www.juecesdemocracia.es/revista>, p.93): "se entiende por sistema penal paralelo, aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del *sistema penal ordinario* y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como "excepciones" a los principios de los cuales dice partir".

subrogados penales y beneficios penitenciarios, puesto que tal reconocimiento se traduciría en signo de impunidad. En síntesis, se renuncia a la idea del principio de igualdad como un límite a la intervención penal, para asignarle una función de incriminación.

Resulta difícil imaginar un ambiente y régimen penitenciario humano y respetuoso de los derechos de los presos, ausente de toda finalidad resocializadora para algunos de los reos.

Se acude a concepciones puramente utilitarias de la pena, que implica el uso de la persona del penado como instrumento para satisfacer intereses o necesidades de la colectividad, lo que además implica una evidente violación al principio de la dignidad igualitaria e incondicional que debe ser reconocida a todas las personas para que se materialicen los preceptos contenidos en los artículo 1, 5 y 13 de la Constitución Nacional.

Se trata de una política criminal de combate a la delincuencia, defendida por la mayoría de los legisladores y avalada por la Corte Constitucional, que clama por medidas rigurosas, de agravación de las penas, disminución de subrogados y beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del delincuente, como forma de afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal.

Todo este panorama nos invita a repensar el contenido de los derechos fundamentales y, de manera particular, el contenido del principio de igualdad, cuya concepción garantista se ve deteriorada cuando se promulgan leyes que excluyen todo tipo de subrogados y beneficios penales o administrativos para los responsable de determinadas delitos, a quienes pareciera negárseles su condición de personas para adquirir la de "enemigos", lo que se evidencia a través de las intituladas legislaciones "antiterrorista", "antisecuestro", "antiviolenencia sexual", "anticorrupción", que absorben cada vez más lo que queda del sistema penal liberal y que envían el mensaje de que frente a tales infractores la única respuesta es el cumplimiento integro de la pena de prisión, sin ningún otro merecimiento.

Entonces, si la única finalidad del derecho penal de la actualidad es la máxima seguridad de la mayoría no desviada de la sociedad podríamos justificar no solo las penas crueles sino incluso el poder del Estado sobre la vida de las persona⁸⁴.

⁸⁴ Así, FERRAJOLI, L. "Garantías y derecho penal", p. 167.

Formular un derecho en el que se respete la estricta legalidad, la necesidad y proporcionalidad de las penas, la igualdad de los penados respecto del ideal resocializador, es buscar una verdadera seguridad ciudadana. Pero sobre todo reconocer que la dignidad de la persona y sus derechos humanos no son concesiones estatales y por tanto su vigencia es absoluta e inderogable.

Tenemos la convicción de que no solo la imposición de la pena de prisión en concreto, sino también su ejecución, debe estar sometida al respeto por los derechos fundamentales y garantías consagrados en nuestra Constitución Nacional, de la cual hacen parte los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Derecho Penal, (Control social y sistema penal), Tomo II, Bogotá, Leyer, 2008.

DIEZ RIPOLLES, José Luís. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En <http://criminet.ugr.es/recpc/06recc06-03.pdf>.

GRACIA MARTIN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo", en Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECP) 06-04 (2004). En <http://criminet.ugr.es/recpc>.

FARALDO CABANA, Patricia y MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. El nuevo autoritarismo político criminal en España (Política criminal y sistema penal: nuevas y viejas realidades punitivas). En <http://www.books.google.com.co>.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, Garantías y Derecho penal, p. 168. En <http://www.jurídicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurídic>.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal. Introducción, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARLAND, David. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Gedisa S.A, 2005.

LARRAURI Elena. Populismo punitivo y como resistirlo. En Revista de Estudios Penales. Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro Brasil, año VII-2007, No.25.

LARRAURI PIOJAN, Elena. Ayuntamientos de izquierda y control del delito, conferencia de clausura del IV congreso español de criminología, Barcelona julio de 2007, publicada en Revista para el análisis del derecho. En <http://www.indret.com>.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. La lucha antisequestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva), en Jueces para la Democracia, Nº 31, Madrid, 1998.

LOPEZ PEREGIN, Carmen. La lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Medellín, Revista Nuevo foro penal Nº 68, Universidad EAFIT, 2006.

MARTIN ALVAREZ, Alberto y DE LA TORRE, Verónica. Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central, Revista Perfiles latinoamericanos Nº 37, enero-junio 2011. En <http://scielo.unma.ms/pdf>.

MEINI MENDEZ, Iván. Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de la libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, En <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal del enemigo. Conferencias magistrales, México Inacipe. 2003. En <http://www.letrasjurídicas.com>.

MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés. Populismo punitivo y una "verdad" construida, en Revista Nuevo Foro Penal, Nº 72, Universidad EAFIT, Medellín, 2009.

POSADA SEGURA, Juan David. El sistema penitenciario, estudios sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad, Bogotá, Librería jurídica Comlibros, 2009.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. España, Editorial Civitas, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Montevideo- Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Garantismo y derecho penal en Colombia. Revista Penal Jueces para la Democracia, núm. 35. En <http://www.juecesdemocracia.es/revista>.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa, en Revista Nuevo Foro Penal, Nº 71, Universidad EAFIT, Medellín, 2007.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. ¿El Derecho penal garantista en retirada?. Revista Penal, Nº 21. En <http://www.uhu.es.revistapenal>.

TORRES CADAVID, Natalia. Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales. En Cuadernos de Investigación No 84. Universidad EAFIT, Medellín, 2010.

VARONA GOMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. InDret Revista para el análisis del derecho. En <http://www.indret.com>. Barcelona, febrero 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de derecho penal, parte general", Buenos Aires, Ediar Temis, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los "extraños", (a la memoria de Alfonso Reyes Echandía). En <http://cuadernos.inadi.gob.ar/numero-01/>.